



Departamento Norte de Santander
TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Cúcuta

E D I C T O

LA SECRETARÍA DE LA SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CUCUTA,

H A C E S A B E R:

Que el diez (10) de noviembre dos mil veintitrés (2023), se ha proferido providencia en el proceso que a continuación se relaciona:

RADICACIÓN: 54-001-31-05-001-2020-00221-01 P.T. No. 20.650
NATURALEZA: ORDINARIO.
DEMANDANTE FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO.
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRAS.
FECHA PROVIDENCIA: DIEZ (10) DE NOVIEMBRE DE 2023.
DECISION: **Primero: Modificar** la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que las Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades. **Segundo: En lo demás se confirma la decisión** adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 31 de julio de 2023. **Tercero: Condena en costas por la segunda instancia** a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR. **Cuarto:** Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.”

El presente EDICTO se fija de forma electrónica y en lugar visible de la secretaría por el término de tres (3) días hoy diecisiete (17) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO

El presente edicto se desfija hoy veintiuno (21) de noviembre de 2023, a las 6:00 p.m.

REINALDO GUTIÉRREZ VELASCO
SECRETARIO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
SALA DE DECISIÓN LABORAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA

Cúcuta, diez (10) de noviembre de dos mil veintitrés (2.023)

PROCESO:	ORDINARIO LABORAL
RADICADO ÚNICO:	54-001-31-05-001-2020-00221-01
RADICADO INTERNO:	20.650
DEMANDANTE:	FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

MAGISTRADA PONENTE:
NIDIAM BELÉN QUINTERO GELVES

Procede la Sala dentro del proceso ordinario laboral previamente referenciado, a conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA, así como el grado jurisdiccional de consulta, sobre la sentencia del 31 de julio de 2.023 que fue proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2.022.

1. ANTECEDENTES

La señora FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO a través de apoderado judicial interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, PORVENIR SA, PROTECCION SA y COLFONDOS, solicitando que se declare la nulidad del traslado que realizó del RPMPD al RAIS, administrado por COLPATRIA, hoy PORVENIR SA; así como de los traslados que en adelante se causaron hasta estar vinculada a PROTECCIÓN. Que como consecuencia se ordene a la AFP PROTECCIÓN, trasladarla al RPMPD y a COLPENSIONES, recibirla y mantenerla como afiliada desde el mes de febrero del año 1999. También solicita el reconocimiento de la pensión y el pago de su respectivo retroactivo.

Expuso como fundamentos fácticos de sus pretensiones:

- Que nació el 25 de julio de 1956. Que ingresó al RPMPD el 02 de febrero de 1998 y estuvo afiliada al ISS hasta el 17 de noviembre de 1998.

- Que para el año 1999 con ocasión a una indebida asesoría y por una ficticia proyección de pensión, con promesas falsas se trasladó a la AFP COLPATRIA; que en agosto de 2000 por la fusión de esa entidad con HORIZONTE fue trasladada a ese fondo hasta diciembre del mismo año; que posteriormente por cambio de empleo, como requisito y recomendación de sus empleadores, se trasladó en enero de 2001 al Fondo de Pensiones COLFONDOS, en el cual perduró hasta noviembre de 2003; que después por indebidas asesorías nuevamente se trasladó a HORIZONTE, desde diciembre de 2003 a junio de 2008 y finalmente se dejó llevar por las propuestas presentadas por los asesores de PROTECCIÓN, en donde ha estado afiliada desde julio de 2008.

- Que al ver que se acercaba a cumplir los requisitos para solicitar su pensión y las patologías que presenta, solicitó a la AFP PRTOTECCION, una proyección de su mesada pensional o en su defecto la devolución de saldo a la fecha en su cuenta de ahorro individual y mediante oficio CAS-3797545-P6Q4P8-CAS-38004047-C7P3Y8 de fecha 08 de febrero de 2019, en respuesta le presentaron presente el cálculo en caso de solicitud de pensión, tomando como base el saldo a la fecha en la cuenta, lo que dio un valor de \$.176.274, muy inferior a la proyección y a la falsa asesoría hecha cuando se presentó el traslado de fondo, por lo que decidió solicitar la nulidad del traslado.

- Que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando el traslado de régimen y en comunicación de fecha 25 de noviembre de 2019 con radicado 2019_15724888 del 22 de noviembre de 2019, le informaron que su traslado fue de manera directa y voluntaria, ejerciendo su derecho a la libre elección de régimen.

- Que mediante comunicaciones verbales solicitó que se declarara la nulidad del traslado del RPM al RAIS, o en su defecto se certificara la información que la aseguradora le brindó al momento de trasladarse, recibiendo respuestas evasivas por parte de las AFP.

La demandada COLPENSIONES a través de apoderada judicial contestó:

- Que son ciertos los hechos relativos a la edad de la demandante, su afiliación en el RPMPD y a la solicitud que ella realizó ante esa entidad sobre la nulidad del traslado de régimen pensional, lo cual fue negado. Respecto a los demás hechos manifestó que no le constan.

- Expresó rechazo a las pretensiones de la demanda, argumentando que a la parte actora no le asiste el derecho reclamado, teniendo en cuenta que, a la fecha, el traslado efectuado al RAIS goza de plena validez, ya que el mismo se realizó en ejercicio del derecho a la libre elección de régimen establecido en el artículo 13 literal B de la Ley 100/93, además se evidencia la manifestación libre y voluntaria de la demandante de permanecer en dicho régimen y a su vez, la validez del formulario de afiliación que perfeccionó tal voluntad. Resaltó que esa entidad no intervino al momento de brindar información a la demandante, simplemente acató su voluntad de trasladarse de régimen pensional conforme a la normatividad.

- Que la Corte también ha indicado que existen ciertos comportamientos y actividades que demuestran el compromiso de un afiliado de permanecer en un régimen pensional, por lo cual, no puede predicar ausencia absoluta de información, cuando la ha recibido acerca del saldo en su cuenta de ahorro individual, de las modalidades de pensión y/o cualquier tipo de notificación a través de los canales de servicios de las Administradoras de Fondos de Pensiones, y con todo esto, permanece un número de años considerables allí.

- Destacó que reconocer la nulidad o ineficacia del traslado solicitada y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta individual del actor, debidamente indexados, atenta contra la estabilidad del sistema pensional colombiano administrado por esta, pues al permitírsele dicho traslado a la demandante después de vencida la oportunidad legal para ello, transgrede la finalidad constitucional del término establecido en la norma. Según la Corte Constitucional, el fondo del régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría.

- Propuso las excepciones de mérito: Buena fe; inexistencia de la obligación demandada y falta de derecho para pedir; prescripción; cobro de lo no debido por falta de presupuestos legales para su reclamación; inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; no procede la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de traslado de régimen pensional en los casos en que la parte

demandante se trate de una persona que ya se encuentre pensionada en el régimen de ahorro individual en cualquiera de sus modalidades y la genérica.

La demandada PROTECCIÓN a través de apoderada judicial contestó:

- Que es cierto la fecha de nacimiento de la demandante y sus afiliaciones a los regímenes pensionales, así como que esa entidad le entregó un cálculo en caso de solicitud de pensión y que la actora solicitó información sobre la asesoría realizada. Sobre los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.

- Que se opone a las pretensiones porque las pruebas documentales, en particular el formulario de vinculación o traslado suscrito por el demandante bajo la gravedad de juramento, donde se da constancia de que su decisión la ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, despeja cualquier duda acerca de la posible ocurrencia de un vicio de la voluntad y hace necesaria la absolución de esa AFP. Que la decisión que en su momento tomó el demandante fue legítima y legal y no puede ahora desconocer su propio acto, pues resultaría lesivo del principio de buena fe. Que tan consiente y válida fue la decisión del demandante que no se retractó dentro de los 5 días siguientes como lo faculta la norma. Aunado a lo anterior, el actor no puede trasladarse en cualquier tiempo pues le es aplicable la restricción del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

- Que el funcionamiento del RAIS está reglado en la ley y no puede alegarse desconocimiento según el artículo 9° del Código Civil, para llegar a afirmar que hubo inobservancia y transgresión al deber de información. Que cuando se realizó el traslado del RPM al RAIS no existían los requisitos que la jurisprudencia exige, solo el formulario de afiliación como única prueba solemne en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1.994 en concordancia con el artículo 3 ibidem.

- Que el término para ejercer la acción ordinaria de nulidad de la afiliación se encuentra prescrito, teniendo en cuenta que, desde la fecha de afiliación por traslado de régimen, esto es mayo de 1.997, a la fecha de presentación de la demanda, octubre de 2019, ha transcurrido un término superior a 20 años y la acción invocada prescribe en 10 años.

- Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada.

La demandada COLFONDOS a través de apoderada judicial, se opuso a las pretensiones de la parte actora y manifestó:

- Que es cierto que la demandante se afilió a esa AFP. Que los demás hechos no le constan. Que la demandante se encuentra válidamente en el RAIS porque firmó el formulario de vinculación con COLFONDOS de manera libre, consiente, espontánea y voluntaria, ratificando su deseo al permanecer en ese régimen y no retractarse de la afiliación o trasladarse de régimen pensional. Que esa AFP cumplió con las formalidades para la afiliación, por lo que la actora conoce claramente cómo opera el RAIS. Que el formulario de afiliación previsto por esa AFP y suscrito por la demandante, se ajusta a la ley y contiene la información requerida para el efecto.

- Destaca que esa AFP siempre cumplió con el deber de informar, que jamás existió omisión en la información, como tampoco indebida o equivocada asesoría y la demandante es una persona mentalmente estructurada que contaba con la capacidad de sopesar los argumentos manifestados por los asesores a fin de determinar si realmente le convenía o no tomar dicha decisión, por lo que no es válido que después de estar varios años afiliada al RAIS, cuando evidenció que no logró cumplir con los objetivos de ahorro que se propuso cuando se trasladó de régimen, pretenda obtener la anulación de una afiliación completamente legal.

- Que de conformidad con el mandato de la Superintendencia Financiera sobre el deber de información que tiene una administradora, la existencia del mismo es solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, en los traslados realizados por fuera de la vigencia de estas disposiciones no se les puede exigir que demuestren circunstancia sobre las cuales no había obligatoriedad, como argumento para responsabilizarlas sobre circunstancias que son única y exclusivamente responsabilidad del afiliado.

- Que como principio procesal el demandante debe demostrar el supuesto engaño u omisión de la información, por lo que es la parte actora quien tiene la carga de la prueba, de ahí que no basta que después de varios años, de estar afiliado en el Régimen de Ahorro Individual con varias Administradoras, pretenda desvirtuar un acto jurídico que nació a la vida jurídica y ha tenido efectos validos durante todo este tiempo.

- Que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no puede ordenarse el traslado automático al régimen de prima media con prestación definida, trayendo a colación el precedente jurisprudencial de la sentencia de unificación 062 de 2010 de la H. Corte Constitucional y tampoco es posible su regreso al RPM por expresa prohibición del literal e) del artículo 02 de la Ley 797 de 2003.

- Propuso como excepciones de mérito: Inexistencia de la obligación; falta de legitimación en la causa por pasiva; buena fe; innominada; ausencia de vicios del consentimiento; validez de la afiliación al RAIS; ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS SA; prescripción de la acción para solicitar la nulidad de la afiliación; compensación y pago.

En auto de fecha 20 de abril de 2022 se admitió la contestación de la demanda presentada por COLPENSIONES, PROTECCIÓN y COLFONDOS, y no se admitió la que fue presentada por PORVENIR por ser extemporánea. Igualmente se fijó fecha para realizar audiencia de conciliación o primera de trámite y segunda de trámite.

2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

2.1. Identificación del Tema de Decisión

La Sala se pronuncia sobre los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR SA y PROTECCIÓN SA, contra la Sentencia del 31 de julio de 2.023 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Cúcuta, mediante la cual se resolvió:

“Primero: Decretar la nulidad y/o ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad que la demandante FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO efectuó en enero de 1.999 ante COLPATRIA, hoy PORVENIR.

Segundo: Condenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN SA, fondo al cual hoy en día se encuentra afiliada la señora demandante, a devolver al sistema todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses.

Tercero: Ordenar la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES que una vez AFP PROTECCIÓN SA de cumplimiento a lo aquí ordenado, proceda a aceptar el traslado de FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado hoy en día por PROTECCIÓN, al de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES.

Cuarto: Se ordena la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR SA, asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado por gastos de administración y seguros previsionales, los cuales deberán ser devueltos debidamente indexados del propio peculio del fondo, de conformidad con lo dispuesto en sentencia SL 5686 de 2021.

Quinto: Declarar no prósperas las excepciones y deberá la demandante realizar las gestiones administrativas ante la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, dando cumplimiento a los requisitos de ley para que se proceda al estudio de su reconocimiento de pensión.

Sexto: Costas a cargo de los demandados.”

2.2. Fundamento de la Decisión.

El juez de primera instancia fundamentó su decisión en los siguientes argumentos:

- Que en las pruebas aportadas se observa que la primera actuación de traslado o cambio de régimen que realizó la demandante lo efectuó del ISS a COLPATRIA y posteriormente hubo traslados entre HORIZONTE, COLFONDOS, ING Y PROTECCIÓN.

- Que, en el interrogatorio de parte de la demandante, bajo la gravedad del juramento manifestó que en ningún momento ella había tenido atención personalizada por ninguno de los asesores de los fondos y que los traslados entre fondos fueron automáticos por absorción o por liquidación de los mismos; que esa afiliación se realizó por recomendaciones de su empleador o porque los asesores en su momento le dijeron que el Instituto de Seguro Social se acababa y que iba a recibir una mejor mesa pensional en los fondos privados y que inclusive se iba a poder pensionar antes de cumplir los requisitos de edad.

- Que para el momento de cambio de régimen de la demandante ya estaba vigente el decreto 663 de 1993, específicamente artículo 97 y la Ley 100 de 1993, que exigían a los fondos pensiones y cesantías una información básica primaria y necesaria frente a la existencia de los regímenes pensionales, las características de cada uno, los pros, los contras y los beneficios de cada uno de ellos, para que a conciencia pudiera el interesado hacer una escogencia del fondo que más lo beneficiaría.

- Que los fondos de pensiones no aportaron prueba alguna sobre la asesoría que brindaron a la actora y ante la negativa indefinida de la demandante, la carga de la prueba según la jurisprudencia recae en las administradoras. Por lo anterior, se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional que la demandante realizó del RPMPD al RAIS, administrado por COLPATRIA en septiembre de 1999 y al no producir efectos jurídicos ese acto, son ineficaces también los realizados dentro de RAIS, debiendo en consecuencia PROTECCION, fondo en el que se encuentra afiliada la demandante, devolver al sistema pensional administrado por COLPENSIONES, todos los dineros que en la cuenta pensional de la actora tenga en dicho fondo.

- Que COLPENSIONES debe recibir esos fondos, poner al día la historia laboral de la demandante y tenerla como su afiliada, y en el momento en que ella realice la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de vejez, y cumpla con los requisitos de ley, proceda a pronunciarse frente a esa solicitud.

- Que como solicitó el Ministerio Público, las mermas sufridas por el capital pensional de la demandante deben ser devueltas por el fondo que generó el cambio de régimen, debidamente indexada de su propio peculio, ello teniendo en cuenta el contenido también de la sentencia SL 5686 del año 2021.

3. DE LA IMPUGNACIÓN

3.1 De la demandada PORVENIR:

La apoderada de PORVENIR interpone recurso de apelación, argumentando lo siguiente:

- Que reitera la oposición a la pretensión de ineficacia y solicita que se revoquen las condenas contra esa entidad porque resultan en contravía del artículo 964 del Código Civil y de la Ley 100 de 1993, pues el fondo por su actividad generó los

rendimientos que se ordenan restituir, por lo que se deben reconocer los gastos de administración y comisiones, ya que se utilizan para cubrir los costos en la producción de frutos y son la retribución por los servicios prestados que no se pueden dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional, máxime cuando las aseguradoras son terceros ajenos al proceso.

- Que la Administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo periodo y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa, por lo que de acuerdo al artículo 1746 del Código Civil, frente a los gastos de administración deben operar las restituciones mutuas o en su defecto abstenerse de ordenar su devolución.

3.2 De la demandada COLPENSIONES:

La apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que no es posible aceptar el traslado de la demandante por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

- Que la declaratoria de nulidad no resulta procedente, teniendo en cuenta que el traslado efectuado por el demandante al RAIS goza de plena validez, ya que se realizó ejerciendo el derecho a la libre elección de régimen establecido en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y según el artículo 48 de la Ley 1328 del 2009. Que la demandante ha estado afiliada al RAIS por más de 25 años, ratificado con esto su conformidad y permanencia en dicho régimen.

- Que no está de acuerdo con la condena en costas porque esa entidad no fue determinante en el traslado de régimen y ha actuado siempre con la creencia de haber cumplido realmente con su deber, con la conciencia plena de no engañar ni perjudicar y con la convicción del cumplimiento legal de sus obligaciones.

3.3 De la demandada PROTECCIÓN:

La apoderada de PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación argumentando lo siguiente:

- Que se revoque la sentencia en el sentido de que la devolución solo sea de los aportes más no de los rendimientos financieros y en ningún caso estos se deben obligar devolver conjuntamente con la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas, por lo que no puede desconocerse que la cuenta de ahorro individual produjo unos rendimientos gracias a las gestiones de PROTECCIÓN, la cual a su vez cobró una comisión para hacer rentar dicho dinero, por lo tanto, son conceptos excluyentes y se estaría desconociendo el trabajo que durante años ha realizado esa AFP, las restituciones mutuas, los frutos, intereses y mejoras, y la igualdad en el trato en una relación contractual precedida por la buena fe.

4. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como quiera que la sentencia fue adversa a COLPENSIONES, se conocerá en grado jurisdiccional de consulta, en virtud de lo establecido en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

5. ALEGATOS

Dentro de la oportunidad legal concedida en auto que antecede, se presentaron los alegatos de conclusión que se resumen de la siguiente manera:

• **Demandada:** El apoderado de COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que la sentencia con radicado 2016-0087-01 del 17/01/2017, del Tribunal Superior de Pereira, indica que la simple manifestación de inconformidad porque el valor de la pensión a recibir en el RPM pueda resultar superior al que se ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizo el traslado el actor, lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del Fondo. Que, en el interrogatorio de parte, el actor manifestó que su inconformidad era la mesada pensional que va a recibir con la AFP y la que pudiera recibir por parte de Colpensiones.

Que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del fondo, máximo si se tiene en cuenta que, para el año del traslado del actor, los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada pues lo que existió fue desinterés o descuido por parte de la demandante, por ende, la asesoría y afiliación se efectuó en vigencia del Decreto 663 de 1993.

Que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para mi representada tener al accionante como afiliado al RPM, como lo decidió el juzgador de primera instancia, pues tal situación contravendría no solo disposiciones de carácter legal sino también se encontraría en contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por COLPENSIONES, esto teniendo en cuenta la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujo en lo pertinente en la sentencia C-062 de 2010.

• El apoderado judicial de PROTECCIÓN solicita que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada, argumentando que la demandante invoca el derecho a un traslado de régimen, el cual no es procedente teniendo en cuenta que está a menos de 10 años para cumplir con la edad requerida para tener el derecho a la pensión de vejez, circunstancia que le impide retornar a COPENSIONES según el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1.993, modificado por el artículo 2. ° de la Ley 797 de 2.003. Resalto que PROTECCIÓN actúa de buena fe.

• El apoderado de PORVENIR solicitó que se revoque la sentencia y se absuelva a su representada, teniendo en cuenta que para la fecha en que fue realizado el traslado, no existía disposición legal que estableciera de manera clara y precisa el mínimo y/o máximo de información que debía ser suministrada para considerarse que se brindó una debida asesoría; la cual efectivamente se brindó, pero de forma verbal, dejando constancia, de que el traslado se realizó de manera libre, espontánea y sin precisiones, pues el demandante suscribió el formulario exigido, luego la AFP cumplió con la carga de dejar la evidencia de que el traslado fue conforme a la ley.

Indicó que, revisadas las pruebas documentales allegadas por la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas, desacreditan que se brindó una debida asesoría, conforme con las disposiciones y jurisprudencia de la época de suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, que, para este caso, el acceso al derecho a pensión en el régimen de ahorro individual se tiene garantizado como lo evidencian las liquidaciones pensionales allegadas.

Señaló que no está de acuerdo en devolver los gastos de administración y otras erogaciones realizadas por la AFP, porque se relacionan con gastos ordinarios en la producción de la rentabilidad del capital, lo que se debe a la buena administración efectuada por la entidad administradora. Que debe tenerse en cuenta que la administradora del RPM no efectuó ninguna gestión de administración en ese mismo período y podría constituirse en un enriquecimiento sin justa causa. Que teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en el artículo 1746 del Código Civil, considera que frente a los gastos de administración debe operar las restituciones mutuas, y/o en su defecto, abstenerse de ordenar su devolución. También señaló, que las obligaciones que se generan como consecuencia del acuerdo de voluntades plasmado en el acto de afiliación al régimen de ahorro individual se pueden asemejar con los efectos que produce un contrato de mandato, el cual no tiene el carácter de gratuidad.

6. PRESUPUESTOS PROCESALES Y SANEAMIENTO

En el presente asunto no se observan deficiencia en los presupuestos procesales ya que la demanda se presentó en forma, existe competencia tanto del Juez de primera instancia como de este Tribunal, hay capacidad para ser parte y capacidad procesal.

7. PROBLEMA JURÍDICO POR RESOLVER

El problema jurídico propuesto a consideración de esta Sala es el siguiente:

¿Si en este caso resultaba procedente declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de la señora FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO, del RPMPD al RAIS, realizado a través de la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR SA?, de ser procedente, ¿si esto a su vez deja sin efecto las subsiguientes afiliaciones que hizo dentro del RAIS a administradoras de fondos de pensiones? y ¿si la declaratoria de nulidad del traslado implica la devolución de aportes, de los gastos de administración y demás conceptos ordenados?

8. CONSIDERACIONES

El eje central del presente litigio radica en determinar si el traslado de la señora FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se dio con pleno cumplimiento al deber de información que radicaba en cabeza de la demandada Administradora de Fondo de Pensiones COLPATRIA, hoy PORVENIR SA, o si por su ausencia, procede la declaratoria de ineficacia y orden de devolución de los saldos a COLPENSIONES.

Al respecto el juez a quo concluyó que era procedente declarar la ineficacia, dado que no está probado al expediente que las AFP hubieren dado cumplimiento a las exigencias de las normas vigentes para la época sobre la obligación mínima de explicarle al afiliado los regímenes pensionales existentes, por lo que hay ausencia de estos requisitos mínimos para que tenga validez la afiliación del actor.

A esta conclusión se opuso PORVENIR SA, advirtiendo que se le deben reconocer los gastos de administración y comisiones ya que son la retribución por los servicios prestados, los cuales resulta imposible dejar sin efecto, lo que igualmente sucede con el seguro previsional.

Por otra parte, COLPENSIONES alega que no es posible aceptar el traslado por lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003 y teniendo en cuenta que goza de plena validez el efectuado al RAIS, en donde el demandante ha estado afiliado por más de 25 años ratificando su conformidad de permanencia; además esa entidad no fue determinante en el cambio de régimen.

PROTECCIÓN interpuso recurso para que solo sea ordenada la devolución de los aportes más no de los rendimientos financieros, ni la comisión de administración, toda vez que se trata de prestaciones ya acaecidas y no puede desconocerse la gestión de esa AFP.

En esa medida, se tiene que lo pretendido por la parte actora es la ineficacia del acto de traslado de régimen pensional por el incumplimiento del deber de información a cargo de la administradora y con ello la constitución de un vicio del consentimiento; pretensión que tiene fundamento en que una de las características del sistema general de pensiones es la selección libre y voluntaria del régimen pensional por parte de los afiliados, conforme al artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Para que un traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual adquiera plena determinación, dicha actuación debe contener un pleno acatamiento de este deber para que de esa decisión se pueda predicar la libertad y voluntariedad exigida, pues la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en

jurisprudencia sentada desde el año 2008 ha determinado que previo a su decisión, los ciudadanos deben recibir de los fondos la información completa respecto a lo que arriesgan con tal actuar, porque de no ser así, bien por brindarse una incorrecta u omitirse la relevante, puede entenderse que existe un error que vicia su voluntad. En otras palabras, es posible predicar la ineficacia de la vinculación al RAIS por un vicio en el consentimiento denominado error, que hace imposible que la selección del nuevo régimen sea soberana y potestativa

Sobre la procedibilidad de estas pretensiones, la jurisprudencia en providencias como SL19447 de 2017, ha señalado que existirá ineficacia de la afiliación cuando i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados; providencia que ha sido reiterada en SL2611 del 1 de julio de 2020.

En decisión SL1452 del 3 de abril de 2019 (Rad. 68.852 y M.P. CLARA DUEÑAS) la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia realiza un profundo análisis del presente problema jurídico, señalando que la prosperidad de la pretensión de nulidad de afiliación a una AFP por incumplimiento del deber de información no depende de que la persona tenga una expectativa pensional ni se trata de una imposición novedosa e inexigible para traslados anteriores al año 2009, puesto que **el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es un deber exigible desde su creación.**

Cabe recordar que, el deber de información a cargo de las administradoras de los fondos de pensiones no solo es exigible con la expedición del Decreto 2071 de 2015, pues ya los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, exigían de estas cumplir sus funciones con suma diligencia, con prudencia y pericia, dentro de las cuales se entienden: la transparencia, la vigilancia, y el deber de información. Ello, según ha dicho la jurisprudencia, a partir del artículo 1603 del Código Civil que enseña que las partes no solo se comprometen en los contratos al cumplimiento de las obligaciones expresas sino también a las responsabilidades que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación.

Al respecto la sentencia SL1452 de 2019 hace un recuento de las etapas de este deber de información, reiterando que surge con el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y que sus decisiones previas identifican que inclusive en el Decreto 663 de 1993, Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, numeral 1º del artículo 97 impone a las entidades el deber de suministrar la información necesaria a los usuarios para las operaciones que realicen y que ello implica entender la transparencia como *“una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitivos y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”*.

Prosigue la Corte identificando las normativas de diversa índole que se han proferido desde entonces para garantizar el cumplimiento de este deber a favor de los afiliados, imponiendo 3 puntos fundamentales:

(i) La constatación del deber de información es ineludible, pues si desde el principio las AFP tenían el deber de brindar información con el paso del tiempo este grado de exigencia se ha intensificado y los jueces tienen el deber *“de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”*.

(ii) En desarrollo de lo anterior, agrega la Corte que *“El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente”* de manera que existe la necesidad de un consentimiento informado, pues *“la firma del formulario, al igual*

que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, **no son suficientes para dar por demostrado el deber de información**” dado que “el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado”.

(iii) Por ende, afirma la Corte que la carga de la prueba debe invertirse en favor del afiliado puesto que “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez”, de manera que “si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo” el afiliado no puede demostrar un supuesto negativo como sería el que no recibió la información y de allí que es la AFP quien debe demostrar que suministró la asesoría en forma correcta.

De ahí que, siendo los fondos privados quienes tienen a cargo la obligación de asesorar a los futuros afiliados en los términos indicados, y cuentan con los medios técnicos y con los conocimientos respecto a los servicios que ofrecen, son estos, los que en el proceso judicial deben acreditar que la información dada al cotizante satisface las exigencias legales, para establecer así la existencia o no de error en la voluntad del afiliado. Es decir, hay una inversión de la carga de la prueba, determinada por la mejor posición para probar de las AFP. Luego, estas entidades deben detallar plena y fehacientemente a quienes pretendan pertenecer al sistema de ahorro individual: (i) las diferencias en cada uno de los sistemas pensionales, (ii) las proyecciones de la mesada por vejez que podrían recibir tanto en el RAIS como en el RPM, y (iii) las implicaciones y la conveniencia de optar por uno u otro régimen pensional, debiendo incluso llegar a desanimarlos en el evento de evidenciar que el traslado perjudique su futura prestación.

Estos preceptos han venido siendo reiterados, como puede verse en providencia SL587 de 2021 donde la Corte resalta que “es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez” y por lo tanto “si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se vinculó, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede acreditarse materialmente por quien lo invoca”, máxime cuando el deber de información “es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, indicando que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia y tampoco resultaría razonable invertirla contra la parte débil de la relación contractual.

Aplicando estos preceptos legales y jurisprudenciales al caso concreto, la posibilidad de desvirtuar la declaración de ineficacia del acto de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad está en cabeza de COLPATRIA, hoy PORVENIR; al ser la primera AFP del RAIS con que registra vinculación la actora, teniendo en cuenta que ella manifiesta que al suscribir el formulario con el cual se dio el traslado de régimen pensional, no recibió asesoría suficiente sobre los pormenores, beneficios, desventajas y proyecciones de pensiones en ambos regímenes, por lo que atendiendo a la carga de la prueba mencionada, se hace necesario auscultar el material probatorio a efectos de determinar si por el contrario, la información fue correcta, oportuna y suficiente.

La demandante manifestó que estuvo afiliada al ISS hasta el 17 de noviembre de 1998; que para el año 1999 por una indebida asesoría se trasladó al RAIS a través de la AFP COLPATRIA y posteriormente realizó otros traslados entre administradoras de ese régimen, sin contar con asesoría pertinente, encontrándose finalmente vinculada a PROTECCIÓN. Que al ver que se acercaba a cumplir los requisitos para solicitar su pensión y las patologías que presenta, pidió a la AFP PRTOECCION una proyección de su mesada pensional y al no estar conforme con esta solicitó la nulidad del traslado de régimen pensional.

De las pruebas documentales allegadas al proceso, entre las que se encuentran historias laborales, certificado SIAFP, certificado de afiliación a AFP, movimientos de cuentas y formularios de vinculación, se puede evidenciar que la demandante estuvo inicialmente afiliada al RPMPD mediante el I.S.S. (hoy COLPENSIONES) y el 17 de noviembre de 1.998 solicitó traslado de régimen a través de la AFP COLPATRIA, que se hizo efectivo el 01 de enero de 1.999; así mismo, que posteriormente dentro del RAIS realizó varios traslados entre fondos (también estuvo vinculada a HORIZONTE, COLFONDOS, PORVENIR), encontrándose con afiliación activa al momento de presentar la demanda con la AFP PROTECCIÓN.

Lo primero a destacar, es que las AFP COLMENA y DAVIVIR se fusionaron y fueron adquiridas por el GRUPO SANTANDER en 1999 y posteriormente, en 2007, la AFP que había sido conformada fue vendida al GRUPO ING, quien en 2013 se fusionó con AFP PROTECCIÓN^[1]; por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la actual afiliación de la demandante a la aquí demandada.

También se debe señalar que las administradoras de fondos de pensiones HORIZONTE SA y COLPATRIA SA conforman hoy la AFP PORVENIR S.A.^[2], por lo tanto, no existe duda sobre la legitimación en la causa por pasiva, al corresponder cualquier responsabilidad sobre la afiliación que la demandante tuvo con esas entidades a la aquí demandada.

Se resalta que en el expediente no reposa el formulario de solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR, por medio del cual el demandante se trasladó del RPMPD administrado por el entonces ISS al RAIS, no obstante, las pruebas que fueron allegadas dan cuenta de que así sucedió el traslado objeto del presente litigio. No obra en el plenario prueba alguna que dé cuenta si COLPATRIA, brindó al afiliado previo a su traslado, toda la información en los términos exigidos por la jurisprudencia; es necesario reiterar que la carga de la prueba no recae para estos asuntos en el demandante, es decir, la señora FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO, no se encontraba en la obligación de demostrar con grado de certeza que se le indujo a error o se vició su consentimiento al suscribir el formulario por medio del cual se trasladó de régimen pensional, para alcanzar sus pretensiones; pues se ha asignado a la Administradora de Pensiones el deber de demostrarle al operador judicial que garantizó el deber de información y expuso las consecuencias que conllevaba el cambio: como identificar que la pensión mínima dependía de un ahorro determinado o las estimaciones sobre la diferencia en la forma de estructurar el valor final de la mesada pensional para que tuviera idea sobre los resultados de su traslado, no siendo dable tampoco demostrar un perjuicio para acceder a la pretensión.

Como se explicó, no se probó que COLPATRIA, para noviembre de 1998 le haya indicado al demandante que el valor de la pensión de vejez en el RAIS depende del capital consignado en la cuenta individual; que si no se completaba el suficiente capital para obtener por lo menos una pensión mínima (equivalente al 110% del SMLMV), debía seguir cotizando o aceptar la devolución de saldos; y que existen diferentes modalidades pensionales. Tampoco obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha indicada se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones y otras tantas observaciones respecto a los riesgos que asumía el referido con su traslado, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario.

De acuerdo con lo anterior, en su momento COLPATRIA, no actuó cumpliendo con su deber de información, pues conforme se expuso tenía la carga de acreditar que así lo hizo, pero por la actividad probatoria que desplegó se puede concluir que la demandada no logró acreditar que la activa hubiere recibido la información del traslado bajo los siguientes parámetros: información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible de las reales implicaciones que conllevaría el traslado y las posibles consecuencias futuras. Tampoco allegó prueba sobre los datos proporcionados a FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO, donde consten los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.

Respecto a la suficiencia del formulario de afiliación, la Sala de Casación Laboral en sentencia SL2917 de 2020 señaló que *“si bien la suscripción del formulario de afiliación al régimen de ahorro individual por parte de la accionante, pudo haber sido libre y voluntaria, por si sola no hace desaparecer la omisión del deber de informar de manera diáfana, sobre las incidencias del cambio de régimen”*; por lo que en caso de haberse allegado este elemento probatorio, sería insuficiente para enervar las pretensiones.

En atención a los lineamientos jurisprudenciales citados y con sustento en las pruebas analizadas, la Sala concluye que en el presente caso, sí se presentó un vicio en el consentimiento del afiliado, traducido en un engaño por la *“Falta del deber de información en un asunto neurálgico para una persona, como es el cambio de régimen pensional”*, que lo indujo en error de hecho sobre el objeto o identidad de la cosa específica de que se trata, como señala el artículo 1510 del Código Civil, al tomar la decisión de su traslado al régimen de ahorro individual y de esa manera los argumentos iniciales de los recursos de apelación de las demandadas son desestimados, pues para enervar la decisión debían enfocarse en un ejercicio adecuado de la carga de la prueba que para este caso le correspondía a COLPATRIA y en menor medida a las administradoras siguientes, respecto de un deber legal que existe desde la concepción del Sistema General de Seguridad Social.

Por otra parte, sobre la prescripción alegada por la parte demandada, se advierte que, al tratarse el presente asunto de una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental de la Seguridad Social, su exigibilidad puede darse en cualquier momento en aras de obtener su integro reconocimiento. Por lo tanto, la acción encaminada a lograr la ineficacia de la afiliación en los fondos privados por cambio de régimen pensional no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales del afiliado.

Así lo ha expresado en diversos pronunciamientos, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluye por ejemplo en providencia SL361 de 2019 que *“la acción encaminada a lograr la nulidad de la afiliación en fondos privados por cambio de régimen no está sujeta a las reglas de prescripción al estar relacionada con los derechos pensionales de la afiliada”*; por lo que esta excepción no está llamada en prosperar.

Abordando lo correspondiente a las restituciones contenidas en la condena, específicamente la devolución de los descuentos realizados por la AFP por gastos de administración a la cuenta del actor, se ha concluido que COLPATRIA, incumplió con su deber de información sobre las incidencias, ventajas o desventajas que podría conllevar el cambio al RAIS que se surtió con la afiliación la demandante en el año 1998, por lo que, las consecuencias o efectos jurídicos que genera la declaración incluyen que se realice la devolución de los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los GASTOS DE ADMINISTRACIÓN a COLPENSIONES, tal como fue señalado en la sentencia SL17595 del 2017 proferida por la CSJ en su Sala de Casación Laboral, donde se rememoró la de radicado 31989 del 8 de septiembre de 2008, que señaló en lo pertinente lo siguiente: *«...las prestaciones acaecidas no son plenamente retroactivas...»*.

Esto ha sido recientemente reiterado por la Sala de Casación Laboral en proveído SL2877 de 2020, donde se dijo:

*“En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS **debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante** en el régimen de prima media con prestación definida. Ello, **incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.**”*

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo

vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que PORVENIR S.A. y PORVENIR S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar **los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.**»*

Por lo que, al determinarse que el acto jurídico de traslado de régimen se encuentra nulo por vicio del consentimiento, se deben devolver completamente todas las prestaciones recibidas del afiliado, garantizando las situaciones consolidadas, es decir, las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de representación, en virtud del regreso automático al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de COLPENSIONES. Los cuáles están en custodia de las Administradoras y no de las aseguradoras, para quienes la presente condena no se hace extensible por no tener responsabilidad alguna en las pretensiones o el objeto del litigio, sin perjuicio de que se puedan adelantar acciones futuras para determinar la procedibilidad de recobros.

Lo anterior, teniendo en cuenta que la AFP incumplió su deber de información, hecho que genera consecuencias y efectos jurídicos, que han sido objeto de pronunciamiento por la Sala de Casación Laboral en su Sentencia con Rad. 68852 del 09 de octubre de 2019, que señaló:

*“Según este artículo, **declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación.** O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.*

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

*Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones **la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).***

Con todo, se concluye sin mayor elucubración que, existe la obligatoriedad de devolver la totalidad de dineros percibidos a partir de un acto, que, desde su creación fue ineficaz, por lo cual, es claro para esta Sala de Decisión a partir de lo expuesto, que la ineficacia del traslado genera consecuencias como las ya descritas por la jurisprudencia exhibida y estas deben ser cubiertas por el receptor de las mismas en el momento que duró cada afiliación.

Ahora bien, respecto de los demás argumentos de los apelantes sobre la imposibilidad de devolver descuentos legalmente realizados en su momento, advierte la Sala de Casación Laboral en providencia SL3199 de 2021 reiterada en SL3895 de 2021:

“como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. Por ello, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaratoria obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones --debidamente indexados-- con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, postura que resulta igualmente aplicable respecto del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima.”

De lo anterior se desprende, que por los efectos ex tunc de la declaratoria de ineficacia, COLFONDOS, PORVENIR y PROTECCIÓN, están llamadas a responder de su patrimonio por todas las consecuencias que de ello se deriven.

Lo anterior, además, permite desestimar el argumento de la apoderada de COLPENSIONES sobre que aceptar a la demandante desequilibraría la financiación del régimen de prima media; pues los aportes deben ser devueltos a dicha entidad a plenitud, como si se hubieran realizado en igualdad de condiciones y por lo tanto conformando íntegramente el mismo capital pensional que hubiera generado la mesada de haber permanecido desde 1.998 en esa entidad.

Así mismo, ha señalado la Corte desde providencia SL1688 de 2019 que *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*; por ende, no es posible señalar que la permanencia en la entidad por parte del actor pueda entenderse como un acto de relacionamiento que sanee la irregularidad que avala la pretensión.

Respecto a los actos de relacionamiento, teniendo en cuenta que en el presente caso la demandante dentro del RAIS realizó varios traslados a diferentes fondos de pensiones, es importante traer a colación lo indicado por la Sala de Casación Laboral en la sentencia SL 2877 de 2.020 a través de la cual cita el pronunciamiento realizado por esa misma corporación en el rad. 31989 del 09 sep. 2.008, en el que precisó: *“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales”*.

En el mismo sentido se pronunció la Sala de Descongestión Laboral, en sentencia SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, MP. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en donde se precisó lo siguiente:

“Ahora, cabe puntualizar, que en este juicio la voluntad del demandante de cambiarse de régimen, no se ratifica con los cambios que el actor posteriormente hubiese efectuado en el RAIS con diferentes Fondos, ni siquiera si la última AFP Porvenir S.A. le brindó alguna información, dado que lo que produce la ineficacia del traslado es la actuación de la primera AFP Colfondos, que implica que deben «retrotraerse las cosas al estado en que se encontraban, es decir, como si ello no hubiera ocurrido», incluyendo lo referente a cualquier traslado entre Fondos, tal como se expuso en las decisiones CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019.

Ineficacia que, conforme a la aludida decisión CSJ SL1689-2019, implica que «desde su nacimiento, el acto carece de efectos jurídicos sin necesidad de declaración judicial. La sentencia que declara la ineficacia de un acto, en realidad, lo que hace es comprobar o constatar un estado de cosas (la ineficacia) surgido con anterioridad al inicio de la litis».

Es decir, que la ineficacia envuelve o consiste en estimar que el acto no se celebró y, por consiguiente, no puede producir efectos, en la medida que fue realizado en contravención a los mandatos legales y obviando los requisitos y presupuestos establecidos.

En ese orden de ideas, la falta de información no se subsana por los traslados que con posterioridad hagan los afiliados en el régimen de ahorro individual con solidaridad.”

Al declararse para el presente caso la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, esta Sala acoge la postura adoptada en las sentencias SL 2877 de 2.020 y SL4131 del 14 de septiembre de 2.021, por lo tanto, las cosas deben volver a su estado anterior y no se reconocen los distintos traslados entre fondos de pensiones que el demandante realizó al interior del RAIS como actos de relacionamiento.

Conforme a lo anterior, la Sala deberá modificar la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que las Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es PORVENIR, COLFONDOS y PROTECCIÓN, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades, en lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 31 de julio de 2.023. Se condenará en costas de segunda instancia a las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR SA, al no haber prosperado su recurso de apelación. Fíjense como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada demandada y a favor del demandante.

9. DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

En mérito de lo expuesto la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Modificar la orden emitida en primera instancia respecto a las mermas sufridas por el capital destinado a financiar la pensión, en cuanto a que las Administradoras de Fondos de Pensiones que fueron demandadas, esto es PROTECCIÓN, COLFONDOS y PORVENIR, deben asumir a cargo de su propio peculio y de forma indexada, los deterioros sufridos por el bien administrado durante el tiempo que duró la afiliación de la demandante con cada una de estas entidades.

Segundo: En lo demás se confirma la decisión adoptada por el Juez Primero Laboral del Circuito de Cúcuta en sentencia del 31 de julio de 2.023.

Tercero: Condena en costas por la segunda instancia a favor de la demandante; se fijan como agencias en derecho DOSCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$250.000) a cargo de cada una de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR.

Cuarto: Oportunamente devuélvase el expediente al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Nidia Belen Quintero G.

**NIDIAM BELEN QUINTERO GELVES
MAGISTRADA**



**DAVID A. J. CORREA STEER
MAGISTRADO
SALVO VOTO**



**JOSÉ ANDRÉS SERRANO MENDOZA
MAGISTRADO**



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CÚCUTA
SALA LABORAL**

SALVAMENTO DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **FANNY TRINIDAD VILLAMIL CARRERO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Radicado: n.º 540013105001 2020 00221 01

Partida Tribunal: 20650

Con el acostumbrado respeto, salvo el voto en la presente decisión tomada por la mayoría de la Sala, por las razones que a continuación explicaré:

Sea oportuno señalar, que si bien el suscrito Magistrado, en atención a la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, a partir de la providencia emitida dentro del presente proceso, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, en observancia de lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020, rad.

59412; CSJ STL 3716-2020, 29 may. 2020, rad. 59352; CSJ STL596-2023, 8 de mar. 2023, rad. 69708; CSJ STL7108-2023, 12 de jul. 2023, rad. 71052; y CSJ STL7244-2023, 2 de ago.2023, rad. 71284; así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL 8125-2020, 30 sep. 2020, rad. 60722, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales acato la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

Así las cosas, para el suscrito Magistrado, surgen interrogantes como: **¿Qué tipo de efecto nocivo puede causarse a la accionante, quien para el 1.º de abril de 1994, ni siquiera se encontraba afiliada al Sistema General de Pensiones, e inició la formación de su derecho de pensión sólo a partir del día 2 de febrero de 1998?** (Las negrillas son mías).

En esa medida, para el mes de abril de 1994, la demandante no se encontraba afiliada a ningún fondo pensional, lo cual se traduce en que no contaba con esa expectativa legítima de adquirir el derecho para que pudiera predicarse válidamente que su traslado posterior a COLPATRIA, le cercenó ese derecho.

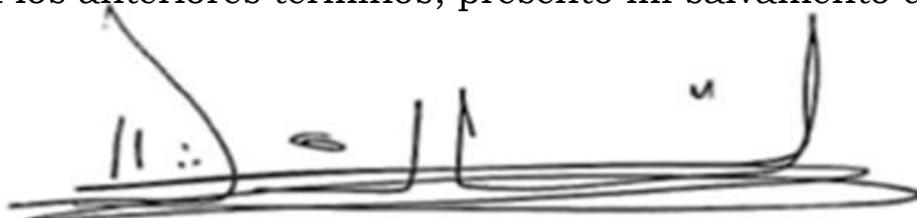
Ahora bien, sobre las consideraciones expuestas en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL1452-2019, se debe advertir que no se desconoce la obligación de los fondos de pensiones de suministrar a los afiliados la información completa y veraz respecto a las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad; sin embargo, se considera que la omisión de esa obligación, per se, no afecta, ni la validez, ni la eficacia del acto jurídico mismo de afiliación, salvo que se constituya en un verdadero engaño, en maniobras o

artificios tendientes a obtener el consentimiento en la celebración del acto jurídico de traslado, lo que necesariamente debe analizarse en cada caso concreto, de acuerdo a las circunstancias fáctico jurídicas particulares que lo rodean, como se dijo en la sentencia STL3186-2020, con la advertencia de que el juez está facultado para formar libremente su convencimiento sin estar sujeto a tarifa legal alguna, en ejercicio de las facultades propias de las reglas de la sana crítica (artículos 51, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social); no obstante, con base en ello, en este caso en específico se reitera no se acreditó.

Además de lo anterior, no se verifica ningún vicio del consentimiento, toda vez que conforme a lo dispuesto en el artículo 1509 del Código Civil, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, y no se acreditó que la demandante en el momento de celebrar el acto jurídico de vinculación al régimen de ahorro individual, hubiese podido incurrir en error de hecho, al considerar que se encontraba celebrando un acto jurídico distinto, según lo previsto en el artículo 1510 ídem.

Tampoco, se estableció en este proceso la existencia de dolo, consistente en artificios o engaños que indujeran o provocaran error en la demandante para su afiliación, por parte de la A.F.P. PORVENIR S.A., en consonancia con el artículo 1515 del Código Civil.

En los anteriores términos, presento mi salvamento de voto,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'D. A. J. C. S.', written over a horizontal line.

DAVID A. J. CORREA STEER

Magistrado